Kann Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis dem einzigen Komplementar der Kommandit-Aktien-Gesellschaft entzogen werden, und hat dieser im Falle der Entziehung einen Anspruch auf Auflösung?

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

FRIEDRICH ALEXANDER-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN

ACAD. LANDBAU BIBL.

vorgelegt von

Heinrich Linden
aus Gelsenkirchen.

Approbiert am 8. Juli 1909.

Berlin
Verlag von R. Trenkel
1910.

167

Referent: Univ.-Professor Dr. Sehling.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Literatur-Verzeichnis.

1. Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche, Erlangen 1870.
2. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin 1896.
3. Berner, Die Gründung und Geschäftsführung der Handelsgesellschaften, Leipzig 1904.
4. Bacmeister, Der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von deren Vertretung (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 55, S. 417—443).
5. Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts.
6. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 5. Aufl., Stuttgart 1903.
7. Daehnhardt, Die rechtliche Natur der Kommanditgesellschaft auf Aktien und ihr Verhältnis zum rechtsfähigen Verein des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Dissertation, Rostock 1902).
8. Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des deutschen Reichs und Preußens, Halle 1902.
9. Eccius (Besprechung des Kommentars von Wilmowski-Levy in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 33, S. 137—145).
10. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
11. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
12. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
13. Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897, Berlin 1905.
14. v. Gorski, Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft, Wien 1888.
15. Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 8. und 9. Aufl., Tübingen 1906.
16. Gierke, Vorstand (in Holzendorffs Rechtslexikon, 3. Bd., 2. Hälfte, S. 1181—1193, Leipzig 1881.
17. Gierke, Handelsrecht und bürgerliches Recht (Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 114—137).
18. Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, 2. Jahrgang, 1893, Nr. 2.

19. v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. Braunschweig 1894.
20. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, 6. Jahrgang, 1897.
21. Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.
22. Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 49, S. 140—227).
23. Johow, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 10, 11, 15, 23.
24. Iklé, Die Kommanditaktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Gmür, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 18. Heft), Bern 1907.
25. Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1902.
26. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1908.
27. Lehmann, Der Entwurf des revidierten Handelsgesetzbuchs (Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 86, S. 289—338).
28. Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, Berlin 1904.
29. Langheineken, Der Urteilsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht. Leipzig 1899.
30. Lehmann, Umwandlungen handelsrechtlicher (Natur) Unternehmungsformen (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 50, S. 1—55).
31. Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 12. Aufl., Berlin 1901.
32. Merfeld, Die Auslegung des Art. 101 des Handelsgesetzbuches (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 41, S. 76—99).
33. Mugdan und Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 2, S. 516.
34. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.
35. Petersen und Pechmann, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und Aktiengesellschaft vom 18. Juli 1884, Leipzig 1890.
36. Pinner, Das deutsche Aktienrecht, Kommentar zu Buch 2, Abschnitt 3 und 4 des Handelsgesetzbuchs v. 10. Mai 1897, Berlin 1899.
37. Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 5. Aufl., Lahr 1903.
38. Pinner, Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs über Vereine auf Aktiengesellschaften. (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 50, S. 100ff.
39. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl., Bd. 1, Berlin 1903.
40. Ring, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 18. Juli 1884, 2. Aufl., Berlin 1893.
41. Reichau, Ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien ein rechtsfähiger Verein? Berlin 1902 (Dissertation Rostock.)

42. Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften.
43. Riesser, Deutsche Juristenzeitung, 5. Jahrgang No. 6 1900, S. 130—132.
44. Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1, Berlin 1899.
45. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., Berlin 1906.
46. Simon, Einfluß des bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Aktienrecht (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 49, S. 24—28.)
47. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., München 1904.
48. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., München 1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0129

Inhalts-Übersicht.

Abschnitt 1:

Allgemeines: Die Möglichkeit der Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis überhaupt:

§ 1. Die Voraussetzungen der Entziehung im einzelnen 11

§ 2. Weg und Wirkung 14

Abschnitt 2:

Die Möglichkeit der Entziehung falls nur ein persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist:

§ 3. Bei der offenen Handelsgesellschaft 16

§ 4. Bei der Kommanditaktiengesellschaft im allgemeinen . . . 21

§ 5. Bei der Kommanditaktiengesellschaft im einzelnen (falls diese eine juristische Person ist.) 23

Abschnitt 3:

Der Anspruch auf Auflösung der Kommanditaktiengesellschaft wegen der Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis:

§ 6. Voraussetzungen für die Auflösung der Kommanditaktiengesellschaft im allgemeinen 32

§ 7. Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis an sich als wichtiger Grund für die Auflösung 34

§ 8. Die Entziehung als mittelbarer wichtiger Grund, insofern die Gesellschaft mangels eines Geschäftsführers und Vertreters ihren Zweck nicht erreichen kann 36

§ 9. Die Möglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes durch Schaffung eines Organs zur Vertretung und Geschäftsführung 39

a) durch Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters oder Bestellung eines sonstigen Vertreters

b) im Wege des Prozesses

c) im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit

aa) durch Bestellung eines Pflegers

bb) gemäß § 29 BGB

cc) gemäß § 142 HGB

d) auf Grund der §§ 332—334 in Verbindung mit § 142 HGB

Schluß: Zusammenfassung des Ergebnisses.

Abschnitt 1.

§ 1.

Das Handelsgesetzbuch von 1861 schrieb für die Gründung einer Aktiengesellschaft staatliche Genehmigung vor, nicht aber für die Gründung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien.[1]) Infolgedessen kam die letztere früher im wirtschaftlichen Leben häufiger vor. Jenen Vorzug verlor die KAG. jedoch indem die Gesetzgebung sie seit 1870 allmählich in gleicher Weise wie die Aktiengesellschaft einschränkte, und nachdem in neuerer Zeit beide Gesellschaftsarten von dem Erfordernis der staatlichen Genehmigung befreit sind, ist die Gründung einer KAG. eine seltene Erscheinung geworden. Immerhin kommt die KAG. noch so häufig vor, daß die Untersuchung der aufgestellten Fragen auch des praktischen Wertes nicht entbehrt, zumal sie — wie die Abhandlung ergeben wird — zum Teil auch auf die offene Handelsgetellschaft und die Kommanditgesellschaft ausgedehnt werden muß, da das Recht der KAG. nur zum kleinsten Teile selbständigen Inhalts ist, und sich in der Hauptsache aus Bestimmungen zusammensetzt, welche in erster Linie für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft sowie für die Aktiengesellschaft gegeben sind.

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung bei der KAG. sowie über die Entziehung dieser Befugnisse sind dem Abschnitte über

[1]) Im Folgenden stets mit KAG. bezeichnet.

die offene Handelsgesellschaft im HGB. zu entnehmen. § 320 Abs. 2 [1]) HGB. bestimmt nämlich:

„Das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten sowie gegenüber Dritten, insbesondere die Befugnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft bestimmt sich nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften."

Da in dem Abschnitt über die Kommanditgesellschaft besondere Vorschriften über die Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung und zur Vertretung nicht gegeben sind, so greifen gemäß § 161 Abs. 2 die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften (§§ 114—117 und 125—127) Platz. Hiernach ist der persönlich haftende Gesellschafter in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zur Vertretung der Kommanditaktiengesellschaft sowie zur Geschäftsführung kraft Gesetzes berechtigt und verpflichtet.

Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis sind im HGB. scharf von einander geschieden. Die erstere bezieht sich auf die Zuständigkeit der leitenden Personen gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern, die letztere auf ihre Zuständigkeit gegenüber Dritten. Zufolge der selbständigen Natur beider Befugnisse steht daher auch — sofern die sonstigen Bedingungen erfüllt sind — der Entziehung nur einer dieser Befugnisse nichts im Wege. Zweckmäßigkeits-Gründe lassen es indes nicht ratsam erscheinen, die Untersuchung bezüglich beider Befugnisse getrennt vorzunehmen, da die gleichen oder doch ganz ähnliche Gesetzesbestimmungen zu Grunde zu legen sind.

Für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis kommen die §§ 117 und 127 in Betracht. § 117 lautet:

---

[1]) Soweit im Folgenden nicht abweichend zitiert ist, sind die §§ des HGB. gemeint.

„Die Befugnis zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung."

Und § 127 bestimmt fast gleichlautend:

„Die Vertretungsmacht kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt: ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung sowie Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung der Gesellschaft."

Die materielle Voraussetzung für die Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung wie zur Vertretung ist demnach das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Das Gesetz hat nicht kasuistisch aufgezählt,[1]) wann ein wichtiger Grund vorliegt, sondern dem richterlichen Ermessen freien Spielraum gelassen. Immerhin hat es aber um der richterlichen Würdigung eine gewisse Direktive[2]) zu geben, zwei Fälle genannt, bei deren Vorhandensein der Richter dem Verlangen auf Entziehung stattgeben muß.[3]) Dabei ist zu berücksichtigen, daß ein Grund, der für die Entziehung der Geschäftsführung ein wichtiger ist, kein wichtiger Grund für die Entziehung der Vertretungsbefugnis sein braucht und umgekehrt.[4]) So bedingt z. B. die Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung nicht auch ohne weiteres die Unfähigkeit zur gehörigen Vertretung. Andererseits ist es möglich, daß ein Umstand, welcher u n mittelbar nur einen wichtigen Grund für die Entziehung der einen Befugnis

[1]) Art. 101 ADHG. führte unter Verweisung auf Art. 125 mehrere Fälle auf, die eine Entziehung der Geschäftsführung rechtfertigen sollten.

[2]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 20, S. 265 fg. und Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 24, S. 139.

[3]) Lehmann-Ring, Kommentar z. H.G.B. zu § 117 Anm. 3; Goldmann, Kommentar z. H.G.B. zu § 117 Anm. 5.

[4]) Makower, Kommentar z. HGB. zu § 117 I 1.

bildet, mittelbar, d. h. wegen seiner Folgen und Begleiterscheinungen auch für die Entziehung der anderen Befugnis einen wichtigen Grund abgibt. Hat sich z. B. ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung einer Unterschlagung schuldig gemacht, so ist dies ohne Zweifel ein wichtiger Grund für die Entziehnng der Geschäftsführung, während derselbe Umstand nicht immer als wichtiger Grund für die Entziehung der Vertretungsbefugnis angesehen werden braucht. Ist aber der Gesellschafter wegen der Unterschlagung mit Gefängnis oder gar auch mit Ehrverlust bestraft, so ist unter allen Umständen auch ein wichtiger Grund für die Entziehung der Vertretungsbefugnis gegeben, da einer Gesellschaft nicht zugemutet werden kann, daß ein solcher Gesellschafter ihre geschäftlichen Interessen Dritten gegenüber fernerhin vertritt.

§ 2.

Sowohl die Entziehung der Geschäftsführungs- als auch der Vertretungsbefugnis kann abweichend von der analogen Bestimmung des § 712 BGB, nur durch gerichtliche Entscheidung erfolgen, d. h. also im Wege der Klage oder vorübergehend im Wege der einstweiligen Verfügung. Die Entziehung ist mit der Rechtskraft des Urteils vollendet. Das Urteil hat somit rechtsgestaltende Kraft.[1]) Die Entziehung erfolgt, wie das Gesetz in § 133 sagt, „auf Antrag der übrigen Gesellschafter", d. h. also auf Antrag aller außer denjenigen Personen, gegen die sich der Antrag richtet. Ist nur ein Gesellschafter übrig, so ist dieser allein zur Stellung des Antrags befugt.[2]) Überträgt man diese Vorschrift unter Berücksichtigung der entsprechend anwendbaren Regeln über die einfache Kommanditgesellschaft auf die KAG sinngemäß, so ergibt sich, daß der Antrag auf Entziehung, falls nur ein persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist, von der Gesamtheit der Kommanditisten zu

[1]) Hierauf wird in § 9 noch zurückzukommen sein.
[2]) Vgl. Makower a. a. O. zu § 117 Ie u. zu 127 II.

stellen ist[1]). Denn nach der Struktur der KAG. tritt jedem der persönlich haftenden Gesellschafter als gleichberechtigter Gesellschafter, nicht wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft jeder einzelne Kommanditist, sondern die zu einer Einheit zusammengefaßte Gesamtheit der Kommanditisten gegenüber (§ 320 Abs. 2.) Danach ist also die Gesamtheit der Kommanditisten, die ihren Willen durch einen Generalversammlungsbeschluß kundgibt, zur Erhebung des Antrags auf Entziehung berechtigt. Hierbei wird sie durch den Aufsichtsrat vertreten. Denn § 328 Abs. 2 bestimmt ausdrücklich, daß in Rechtsstreitigkeiten, welche die Gesamtheit der Kommanditisten gegen die persönlich haftenden Gesellschafter (oder umgekehrt) führt, erstere durch den Aufsichtsrat vertreten werden, sofern nicht besondere Vertreter gewählt sind. Der Aufsichtsrat muß zu seiner Legitimation den betreffenden Generalversammlungsbeschluß beibringen.

Die Wirkung der Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung besteht in dem Erlöschen der Befugnisse für den Gesellschafter. Aus der Natur der Sache ergibt sich, — kann aber auch in den Klageantrag ausdrücklich aufgenommen werden, — daß eine derartige Entziehung im Gegensatz zu der durch einstweilige Verfügung angeordneten, die den Charakter einer nur vorläufigen Regelung trägt, eine für die Dauer berechnete ist, d. h. daß sie so lange fortwirkt, bis die Gesellschafter dem betroffenen Gesellschafter Geschäftsführung und Vertretung wieder erteilen, wozu sie natürlich jederzeit in der Lage sind[2]).

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, daß die Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung bei der KAG. an sich möglich ist.

---

[1]) Staub, Kommentar zum HGB. zu § 320 Anm. 78 u. 85; Makower a. a. O. z. § 320 VIB Nr. 8, 6C Nr. 3.

[2]) Vgl. Lehmann-Ring, a. a. O. zu § 127 No. 5, zu § 125 No. 2.

Abschnitt 2.

§ 3.

Das Thema setzt voraus, daß nur ein persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist; es fragt sich daher, ob dieser Umstand mit Rücksicht auf die in dem Wesen der Gesellschaft begründeten Folgen der Anwendbarkeit der erwähnten Bestimmungen entgegensteht.

Die §§ 117 und 127 finden sich in der Lehre von der offenen Handelsgesellschaft. Es bedarf daher zunächst einer Untersuchung, ob die Anwendbarkeit für diese Gesellschaft ausgeschlossen wäre, wenn nur ein geschäftsführender und vertretungsberechtigter Gesellschafter vorhanden wäre. Denn muß hier die Anwendbarkeit verneint werden, so kann auch bei der Kommandit- und KAG. von ihrer Anwendung keine Rede sein. In Literatur und Praxis ist nun streitig, ob es zulässig ist, sämtliche Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von vornherein (bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages) vertraglich von der Vertretung auszuschließen. Soweit bei der Erörterung dieser Streitfrage Gründe geltend gemacht werden, die nicht dem Wesen der Gesellschaft, sondern dem Wortlaute der §§ 125 und 129 entnommen sind, können sie bei der vorliegenden Untersuchung außer acht bleiben. Der Wortlaut der hier in Betracht kommenden §§ 117 und 127 gibt zu Zweifeln keinen Anlaß. Denn beide Paragraphen bestimmen übereinstimmend, daß einem Gesellschafter, d. h. da keine Ausnahme gemacht ist, auch dem letzten Geschäftsführung und Vertretung genommen werden kann. Es fragt sich daher ob aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft sich derartig haltlose Konsequenzen ergeben, daß der Gesetzgeber die Unzulässigkeit der Entziehung der Befugnisse auch des letzten geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafters nicht gewollt haben kann. Staub[1])

[1]) Staub, a. a. O. zu § 125 Anm. 3.

führt bezüglich der Vertretung in dieser Hinsicht aus [1]: „Daß eine offene Handelsgesellschaft durch die Gesellschafter oder gemäß den Bestimmungen dieses Paragraphen (§ 125) durch einen oder mehrere vertreten wird, liegt im Wesen dieser Gesellschaft. Sie ist nach § 124 berechtigt, Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein, sie muß also auch in die Lage versetzt werden, nach außen durch sich selbst oder ihre geborenen Vertreter, die Gesellschafter, in Rechtswirksamkeit zu vertreten.“ Ergänzend meint Bacmeister [2]: „Sie kann unbeschadet ihrer Existenz diese Vertretung nicht entbehren, auch nicht einmal teilweise. Die herrschende Meinung irrt, wenn sie den Ausdruck dieses Gedankens in der gesetzlichen Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft vermißt. Wie sie richtig bemerkt, erfordert der Begriff der offenen Handelsgesellschaft außer der solidarischen Haftung der Gesellschafter, daß diese Gesellschafter unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgewerbe betreiben. Nun verlangt das „Betreiben“ eines Gewerbes durch mehrere Personen im Sinne des Gesetzes zwar nicht, daß alle Beteiligte die Geschäfte persönlich führen. Im Gegenteil genügt es, wenn die Geschäftsführung auf ihre Rechnung und in ihrem Namen erfolgt. Hiermit ist aber nicht gesagt, daß die Geschäftsherrn auf jeden wirksamen Eingriff in den Gang der Geschäfte verzichten und sich von dem Willen eines beliebigen Dritten abhängig machen könnten.“ Diesen Ausführungen kann indessen nicht beigetreten werden. Zu der Ansicht Staubs ist zunächst zu bemerken, daß sie logischerweise zur Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person führen muß, eine Auffassung, die nach allgemeiner Ansicht nicht haltbar ist und die Staub selbst ablehnt. Sodann aber ist nicht einzusehen, warum es zum Wesen einer offenen Handelsgesellschaft

[1]) Ebenso im wesentlichen Bacmeister, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 55 S. 434. § 7.

[2]) A. a. O. S. 435.

gehören soll, daß sie durch mindestens einen Gesellschafter vertreten wird. Eine offene Handelsgesellschaft liegt vor:

„1. wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist (negatives Erfordernis);

2. wenn ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes, und zwar unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (positives Erfordernis)."

Daß eine Haftungsbeschränkung durch das Aufhören der Vertretung in der Person aller Gesellschafter einträte, kann nicht behauptet werden; denn die Persönlichkeit der Gesellschafter wird hierdurch ebensowenig berührt, wie ihr Vermögen. Auch das zweite Erfordernis kann nicht für die Gegenansicht verwertet werden. Es ist nicht angängig, hier mit Bacmeister den Nachdruck auf das Wort „Betrieb" zu legen. Vielmehr ruht der Nachdruck auf dem Worte „Zweck". Lediglich der letztere wird erfordert, ob er erreicht wird, ist ohne Bedeutung. Zudem kann dem Ausdrucke „Betreiben" nicht der Sinn beigelegt werden, den Bacmeister ihm gibt, da ein Geschäft auch dadurch zur Untätigkeit verurteilt sein kann, daß die Gesellschafter nach außen gar nicht auftreten. Wenn Bacmeister hervorhebt, gegen seine Ansicht ließe sich nicht einwenden, daß auch minderjährige Gesellschafter oder andere von unvollkommener Geschäftsfähigkeit das Geschäft betreiben, obwohl sie an der Vertretung nicht teilnehmen, weil sie ja die jedem Gesellschafter innewohnende Vertretungsbefugnis durch ihren gesetzlichen Vertreter ausübten, so ist ihm darauf zu erwidern, daß es bei bestehender Handelsgesellschaft Fälle geben kann, in denen sämtliche Gesellschafter geschäftsunfähig werden, ohne daß ein gesetzlicher Vertreter an ihre Stelle tritt. Solch ein Fall tritt z. B. ein, wenn die beiden einzigen (sonst vertretungsberechtigten) Gesellschafter sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden (§ 104 BGB.). Bildet, wie Bacmeister behauptet, die Vertretungsbefugnis ein begriffliches Element

der offenen Handelsgesellschaft, so ist es allerdings nur folgerichtig, wenn er den Schluß zieht, daß diese in dem Augenblicke des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit der beiden Gesellschafter zu existieren aufgehört hat, bevor noch gesetzliche Vertreter bestellt werden konnten. Die Unbilligkeit und Haltlosigkeit eines solchen Ergebnisses aber leuchtet ohne weiteres ein; das Ergebnis würde nichts anderes bedeuten, als daß jedes Handelsgewerbe, das unter einer Firma betrieben wird, mit Geschäftsunfähigkeit des Inhabers untergehe. Eine solche Folge ergibt sich in keiner Weise aus dem Gesetze und widerspricht auch der Auffassung des Verkehrs. Wenn Staub, was nicht recht zum Ausdruck kommt[1]), in der Vertretungsbefugnis mindestens eines Gesellschafters ebenfalls ein wesentliches Element der offenen Handelsgesellschaft erblickt, so ist er an anderer Stelle nicht konsequent. In Anm. 4 zu § 127 seines Kommentars behandelt er nämlich die Folgen, die eintreten, wenn zwei vertretungsberechtigte Gesellschafter Gesamtvertretung gemäß § 125 Abs. 2 haben und einem der beiden die Vertretungsbefugnis auf Grund des § 127 entzogen wird. Dann, meint er, sei daran festzuhalten, daß dadurch, daß einem der Gesellschafter die Vertretungsbefugnis entzogen werde, die Vertretungsmacht der übrigen keine Verstärkung erfahre. Wörtlich heißt es dann weiter: „Es kann nicht geleugnet werden, daß dieses Ergebnis wenig befriedigt. Es kann, wenn bei zwei Gesellschaftern Vertretungsmacht angeordnet ist, die Entziehung der Vertretungsmacht des einen dahin führen, daß die Gesellschaft keinen Vertreter mehr hat.“ Wäre Staub seiner Ansicht, die Gesellschaft könne nicht ohne geborene Vertreter existieren, treu geblieben, so müßte sein Resultat lauten: „Die Entziehung der Vertretungsmacht des einen kann dahin führen, daß die Gesellschaft aufgelöst wird.“ Dadurch, daß Staub diese Konsequenz nicht zieht, entzieht

[1]) A. a. O. Er sagt: „daß eine offene Handelsgesellschaft durch die Gesellschafter . . . . vertreten wird, liegt im Wesen dieser Gesellschaft.“

er seiner oben mitgeteilten Theorie den Boden. Eine Einwendung etwa daraus herleiten zu wollen, daß die Gesellschaft wegen mangelnder Vertretung nicht verklagt werden könne, geht nicht an, weil die Gesellschafter ja jederzeit persönlich in Anspruch genommen werden können[1]).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß weder aus der Begriffsbestimmung, noch auch sonst aus dem Gesetze irgendwie hervorgeht, daß eine offene Handelsgesellschaft ohne Vertreter nicht denkbar sei. Vielmehr ist positiv der Satz aufzustellen, daß in einem solchen Falle eben eine offene Handelsgesellschaft ohne vertretungsberechtigte Gesellschafter vorhanden ist. Mit diesem Resultat stimmt auch die herrschende Meinung überein[2]). Zwar bespricht die angezogene Literatur durchgehends den Fall der Ausschließung sämtlicher Gesellschafter von der Vertretung durch den Gesellschaftsvertrag und erwägt ferner, inwieweit und wodurch Ersatz geschafft werden kann. Aber es bleibt trotzdem die Tatsache bestehen, daß eine offene Handelsgesellschaft ohne vertretungsberechtigte Gesell-

[1]) Die Gründe Neukamps in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen 1893 Nr. 13 S. 208 und 209 beziehen sich nur auf die praktische, nicht auf die rechtliche Seite und können daher nicht durchschlagen.

[2]) So Lehmann-Ring, a. a. O. zu § 125 Nr. 1; Goldmann, a. a. O. zu § 125 Anm. 11; Makower, a. a. O. zu § 125 Va (zu § 127 VI bemerkt Makower: „War keiner der anderen Gesellschafter vertretungsberechtigt ohne Mitwirkung desjenigen, dem die Vertretungsbefugnis entzogen ist, so ist nach der Entziehung eine Gesellschaft ohne vertretungsberechtigte Gesellschafter vorhanden"); ferner Gierke, Genossenschaftstheorie S. 588; Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 307 Anm. 5; v. Gorski, Geschäftsführung und Vertretung S. 154; v. Hahn, Komm. z. ADHG. zu Art. 115 § 7 (S. 492): „Die Folge einer solchen Ausschließung ist nicht, daß die Gesellschaft handlungsunfähig wird, sondern, daß sie nicht durch einzelne Vertreter handeln kann." Johow, Jahrb. für Entscheid. des Kammergerichte Bd. 10 S. 27, 28; Mugdan, Die Rechtsprech. der Oberlandesgerichte Bd. 2 S. 516 Nr. 29; Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZfHK.) Bd. 42 S. 322 und 527.

schafter kein Unding, sondern im ungünstigsten Falle eine seltene Erscheinung und von geringer praktischer Bedeutung ist. Nur diese Feststellung kann uns für den vorliegenden Fall zunächst interessieren. Denn sie beweist, daß der Anwendbarkeit des § 127 auch in dem Falle nichts im Wege steht, wenn es sich um die Entziehung der Vertretungsbefugnis des einzigen noch vertretungsberechtigten Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft handelt. Ob für einen solchen Fall nicht eine Ausnahmebestimmung im Interesse der Zweckmäßigkeit am Platze gewesen wäre, ist eine andere Frage tatsächlicher Art, die aber für die Entscheidung selbst bedeutungslos ist. Für die Geschäftsführung ergibt sich keine Abweichung, da die Entziehung dieser das Wesen der offenen Handelsgesellschaft sicherlich nicht berührt. Wie sich in einem solchen Falle die Geschäftsführung regelt, ob sie allen oder keinem zusteht, hat mit der Zulässigkeit der Entziehung nach dem Wortlaut des § 117 nichts zu tun.

§ 4.

Ist es somit zulässig, auch dem letzten geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen, so entsteht die weitere Frage, ob eine sinngemäße Anwendung der Bestimmungen auf die KAG. sich wegen der Struktur dieser Gesellschaft verbietet (von der unten zu behandelnden etwaigen juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft abgesehen). Die KAG. besteht begrifflich aus zwei Gesellschaftselementen (§ 320 Abs. 1), einem oder mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern und den Kommanditaktionären, die zu einer Einheit zusammengefaßt dem oder den persönlich haftenden Gesellschaftern wie ein Kommanditist gegenüberstehen. Fällt eines von beiden fort, so kann die KAG. nicht fortbestehen, weil ihr ein begrifflich notwendiges Element fehlen würde. Diese Folge würde vorliegend mit dem Fortfalle des einzig

persönlich haftenden Gesellschafters eintreten[1]). Löste sich daher die KAG. durch Anwendung der §§ 117 und 127 auf, so müßte man unbedingt die entsprechende Anwendung hier für unzulässig erachten. Denn das Gesetz hat für die Auflösung der KAG. besondere Bestimmungen getroffen und geht davon aus, daß die KAG. trotz Anwendung der §§ 117 und 127 fortbesteht[2]). Der Zweck der §§ 117 und 127 besteht bei der offenen Handelsgesellschaft sowohl wie bei der KAG. gerade darin, unter Aufrechterhaltung der Gesellschaft sie gegen mißbräuchliche Ausübung der Geschäftsführung und Vertretung eines Gesellschafters zu schützen[3]). Dieser Zweck tritt um so deutlicher hervor, als in der Aufnahme des § 127 eine prinzipielle und bewußte Abweichung vom früheren Recht liegt, das die Ausschließung eines Gesellschafters von der Vertretung nicht zuließ und die Gesellschafter auf den Weg der Auflösung oder bei mehreren Gesellschaftern auf denjenigen der Ausschließung des betreffenden Gesellschafters verwies. Bleibt nun, so muß gefragt werden, der letzte Komplementar trotz der Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis noch als persönlich haftender Gesellschafter in der Gesellschaft oder scheidet er aus? Das erstere ist der Fall. Denn die wesentliche Eigenschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters besteht, wie ja auch schon der Name sagt, darin, daß er persönlich mit seinem ganzen Vermögen den Gläubigern der Gesellschaft haftet (§ 320 Abs. 1). Das ist bei der KAG. ebenso wie bei der Kommanditgesellschaft. Diese wesentliche Eigenschaft wird aber durch die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ebensowenig wie durch diejenige der Vertretungs-

[1]) KG. I Bd. 11 S. 34: Mit dem Fortfalle auch des letzten oder einzigen persönlich haftenden Gesellschafters ist die KAG. keine solche mehr, weil ihr ein wesentliches begriffliches Element fehlt.

[2]) Aus diesem Grunde verbietet sich auch bei nur zwei Gesellschaftern die Anwendung des § 140.

[3]) Denkschrift S. 100.

macht berührt, wenn man auch Iklé[1]) darin beistimmen muß, daß solche von der Geschäftsführung ausgeschlossene persönlich haftende Gesellschafter bei der KAG. nicht praktisch sind und dem natürlichen Zweck widersprechen. Das Gesetz geht allerdings für den Regelfall davon aus, daß den persönlich haftenden Gesellschaftern auch die Geschäftsführung und Vertretung zusteht und gibt ihnen letztere sogar unbeschränkt und im allgemeinen ausschließlich. Aber mit der Zulassung der Entziehung überhaupt bekundet es, daß diese Eigenschaft bei den persönlich haftenden Gesellschaftern auch fehlen kann, ohne daß ein begriffliches Element der KAG. berührt wird. Nicht anders liegt der Fall, wie wenn alle persönlich haftenden Gesellschafter geschäftsunfähig werden und einen gesetzlichen Vertreter nicht haben.

Bleibt sonach auch in diesem eigenartigen Falle eine KAG. vorhanden, wenn man die §§ 117 und 127 zur Anwendung bringt, so wird auch der Richter gemäß § 320 Abs. 2 keinen zwingenden Grund haben — unbekümmert um das praktische Ergebnis — die Anwendung abzulehnen.

§ 5.

Liegt der in § 4 abgehandelte Fall genau ebenso, als wenn es sich um eine einfache Kommanditgesellschaft handelte, mit dem einzigen Unterschiede, daß bei der KAG. dem persönlich haftenden Gesellschafter nicht jeder einzelne Kommanditist, sondern nur die zu einer Gesamtheit zusammengefaßte Mehrheit von Kommanditisten gleichsam wie ein Kommanditist gegenübertritt, so muß nunmehr noch mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die KAG. nicht wie die einfache Kommanditgesellschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, sondern eine juristische Person ist. Im Folgenden ist dementsprechend die Untersuchung zunächst darauf zu erstrecken, ob die KAG. eine juristische Person ist, und wenn ja, ob auch in diesem Falle die zitierten Paragraphen anwendbar erscheinen.

[1]) Iklé, Die Kommanditgesellschaft usw. S. 95.

Während die KAG. im HGB. von 1861 der einfachen Kommanditgesellschaft angeschlossen und ähnlichen Vorschriften wie diese unterworfen war, brachten die Gesetze vom 11. Juni 1870 und 18. Juli 1884 eine größere Annäherung an die Aktiengesellschaft, obwohl die KAG. auch hier im Prinzip noch als eine besondere Art der Kommanditgesellschaft erschien. Erst das geltende Recht hat diese Regelung verlassen und einen prinzipiell abweichenden Standpunkt angenommen, indem es — abgesehen von einigen Sondervorschriften, die sich aus dem begrifflichen Unterschiede notwendig ergaben — als Norm die Vorschriften über die Aktiengesellschaft für die KAG. für entsprechend anwendbar erklärt (§ 320 Abs. 3) und nur ausnahmsweise die Bestimmungen der einfachen Kommandit- und damit der offenen Handelsgesellschaften gelten läßt (§ 320 Abs. 2). Zufolge des eigentümlichen Doppelcharakters, hervorgerufen durch die Verschmelzung der in grundsätzlich verschiedenen Gesellschaftsformen enthaltenen Prinzipien fassen die einen[1]) die KAG. — mehr die Kommanditeigenschaft hervorhebend — als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand auf, gebildet durch die Komplementare einerseits und eine organisierte Gesamtheit andererseits; die anderen dagegen — und dies ist die herrschende Meinung — erblicken in ihr eine juristische Person, indem sie die Elemente der Aktiengesellschaft hervorheben[2]).

Der herrschenden Meinung muß durchaus beigetreten werden. Aus dem Begriffe der juristischen Person als

[1]) So insbesondere Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 699 § 1231; Linemann, Die rechtliche Natur der Aktienkommanditgesellschaft (Dissertation Greifswald 1898).

[2]) Staub, a. a. O. zu § 320 Anm. 2; Goldmann, a. a. O. zu § 320 Anm. 3; Gierke, Z. f. H. K. Bd. 45 S. 506 und im Archiv f. bürgerl. Recht; Bd. 19 S. 131; Pinner, a. a. O. zu § 320III; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 167; Reichau, Ist die KAG. ein rechtsfähiger Verein?; Simon, Z. f. g. H. K., Bd. 49 S. 24; Joerges, ebenda S. 170; Lehmann-King, a. a. O. zu § 320 Nr. 1 und andere.

einer vom objektiven Recht als rechtsfähig anerkannten Personenvereinigung ergeben sich als Voraussetzungen der Entstehung: das Vorhandensein einer Mehrheit von Personen, ein Vereinigungsakt und die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Vereinigung. Läßt sich begrifflich eine KAG. ohne persönliche Grundlage nicht denken, so betätigt sich der Vereinigungsakt in dem Gründungshergang der KAG. mit dem Abschlusse eines die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft bestimmenden Gesellschaftsvertrages. Es fehlt aber auch nicht an einem die Rechtspersönlichkeit andeutenden Satze des objektiven Rechts. Mehrere Gesetzesbestimmungen zeigen vielmehr, daß das Gesetz die KAG. als juristische Person aufgefaßt wissen will. Ein Vergleich des § 320 Abs. 2 mit Abs. 3 ergibt, daß als Regel die Vorschriften der Aktiengesellschaft auf die KAG. Anwendung finden sollen. Demgemäß ist, da Gegenteiliges aus § 320 Abs. 2 nicht folgt, auch § 210 Abs. 1 auf die KAG. anzuwenden, der bestimmt: „Die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.“ Aus dieser Formulierung wird mit Recht die Anerkennung der juristischen Person für die Aktiengesellschaft abgeleitet, die für das geltende Recht auch wohl allgemein anerkannt ist, nachdem Art. 216 ADHG. weggefallen ist, wonach jeder Aktionär einen verhältnismäßigen Anteil am Vermögen der Gesellschaft hatte. Liegt hierin demnach ein positives Moment für die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit der KAG., so hat das Gesetz negativ seiner Auffassung dadurch Ausdruck gegeben, daß es den Art. 173 Abs. 1 des Gesetzes betr. die KAG. vom 18. Juli 1884 „das Gesamtkapital der Kommanditisten kann in Aktien zerlegt werden“, der mehr auf den Charakter einer Kommanditgesellschaft hinweist, fallen gelassen und jeden Ausdruck vermieden hat, der auf die Auffassung als einer Unterart der Kommanditgesellschaft hinweisen könnte (vgl. § 320 Abs. 1). Endlich

der KAG. nicht ausgesprochen, folgt aber schon aus der entsprechenden Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen und insbesondere aus der anwendbaren Bestimmung[1]) des § 25 Abs. 1 BGB. Wenn im § 320 Abs. 3 von einem „Fehlen des Vorstandes“ gesprochen wird, so bedeutet das nur, daß der KAG. ein Vorstand im Sinne der Aktiengesellschaft fehlt. Das folgt schon daraus, daß das Gesetz von einem Fehlen des Vorstandes nur im Zusammenhang mit der Bestimmung spricht, inwieweit die Vorschriften der Aktiengesellschaft auf die KAG. Anwendung finden sollen.

Nun ist zwar, wie schon gesagt, die Eigenschaft als Mitglied des Vorstandes mit der Mitgliedschaft als persönlich haftender Gesellschafter verbunden, aber — und das ist hervorzuheben — insofern nicht notwendigerweise, als dem Komplementar Geschäftsführung und Vertretung genommen und damit die dem Vorstande zugewiesenen Befugnisse entzogen sein können, ohne daß — wie oben gezeigt — seine Ausschließung als persönlich haftender Gesellschafter der KAG. gegeben wäre und an der KAG. selbst etwas geändert würde. Das ist unbedenklich, wenn noch mindestens ein vertretungsberechtigter persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist. Es folgt aber aus dieser vom Gesetz zugelassenen Trennung der Befugnisse von der Mitgliedschaft weiter, daß, wenn dem einzig persönlich haftenden Gesellschafter die Geschäftsführung und Vertretung genommen, und er damit gleichzeitig der Funktionen eines Vorstandes enthoben wird, der juristischen Person ein Organ, durch das sie sich nach außen betätigt, entzogen wird, während andrerseits die Mitgliedschaft des persönlich haftenden Gesellschafters unberührt bleibt. Wir hätten also hier die eigenartige Erscheinung, daß durch eine konsequente entsprechende Anwendung der §§ 320 Abs. 2, 161 Abs. 2, 117, 127 die Stellung auch des letzten

[1]) Gierke, a. a. O. S. 626 Anm. 2 u. in Holzendorffs Rechtslexikon „Vorstand“ S. 1181ff; Staub, a. a. O. zu § 231 Anm. 2; Ring, Ges. betr. Komm. Ges. usw. zu Art. 227 Anm. 4.

Vorstandsmitgliedes bei der KAG., um ein aktienrechtliches Bild zu gebrauchen, „widerrufen“ werden kann, (in Form einer gerichtlichen Entziehung der wesentlichen Befugnisse des Vorstandes) ohne daß die notwendigen Elemente der KAG. sonst berührt werden.

Ist nun diese an sich zulässige Entziehung vorliegend deshalb ausgeschlossen, weil die KAG. wegen Fehlens des oben als notwendig erachteten Vorstandes erlöschen müßte[1]? Wir müssen zu einer Verneinung kommen. Es mag dahingestellt bleiben, — muß aber wohl verneint werden — ob die in § 325 aufgezählten Befugnisse dem persönlich haftenden Gesellschafter überhaupt genommen werden können[2], und er insofern noch eine gewisse Leitung der KAG. in Händen hat. Denn auch abgesehen davon bleibt u. E. die KAG. bei Ausschluß des letzten persönlich haftenden Gesellschafters von Geschäftsführung und Vertretung fortbestehen. Allerdings ist oben der Satz aufgestellt, daß der Vorstand ein notwendiges Organ der KAG. wie jeder juristischen Person ist. Dieser Satz muß aber bei näherer Betrachtung dahin verstanden werden, daß, wie die Regelung bei den einzelnen vom objektiven Recht anerkannten juristischen Personen ergibt, eine juristische Person ohne Vorstand nicht zur Entstehung gelangen kann. Das folgt z. B. für die Aktiengesellschaft daraus, daß nur der Vorstand die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anmelden kann. Dagegen ist unbedenklich anzunehmen, daß eine juristische Person, wenn sie einmal entstanden ist, nicht durch Wegfall des Vorstandes erlischt. Eine solche Annahme würde der Absicht des Gesetzes widerstreiten, das nicht gewollt haben kann, daß, wenn z. B. bei einer Aktiengesellschaft

---

[1]) Das nimmt Neukamp a. a. O. offenbar an, indem er für unzulässig hält, daß der einzig persönlich haftende Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sein könne. Denn sonst ist ein zwingender Grund für seine Ansicht nicht ersichtlich.

[2]) Vgl. Staub, a. a. O. zu § 320 Anm. 79, 86; Makower, a. a. O. zu § 320 VI b Nr. 8; Lehmann-Ring, a. a. O. zu § 320 Nr. 6; Cosack, a. a. O. § 123 VI 1 e; abweichend Iklé, a. a. O. S. 96 Anm. 2.

der einzige „Direktor“ stirbt, ohne daß sofort für Ersatz gesorgt ist, nunmehr die Gesellschaft zu existieren aufhörte. Sie widerstreitet auch dem Gesetz selbst, welches in § 29 BGB. ausdrücklich die Möglichkeit des Wegfalls des Vorstandes zuläßt. In diesem Sinne sagt auch Gierke[1]): „Dagegen ist der Fortbestand der Aktiengesellschaft zwar von dem Fortbestande der Institution des Vorstandes, nicht aber von der ununterbrochenen Besetzung derselben abhängig, so daß eine zeitweilige Vakanz, obwohl ungehörig, doch keineswegs auflösend wirkt[2]).“

In solchen Fällen kann die juristische Person nur ein verkümmertes Dasein führen und ihrem Zwecke, der Betätigung nach außen, nicht oder doch nur in geringem Maße — soweit anderen Organen Vertretungsbefugnis zusteht — gerecht werden. Das Gesetz betrachtet auch solche Fälle als Ausnahmeerscheinungen von provisorischem Charakter, wie sie im täglichen Leben durch den Tod oder das sonstige Geschäftsunfähigwerden des einzigen Vorstandsmitgliedes vorkommen können. Es steht aber begrifflich nichts im Wege, daß dieser Zustand sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und so faktisch zu einem dauernden wird, wenn z. B. die Mitglieder einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eines Vereins des bürgerlichen Rechtes nicht zur Wahl eines neuen Vorstandes schreiten, und wenn auch kein Interessierter gemäß § 29 BGB. den Antrag auf gerichtliche Bestellung stellt.

Man kann auch nicht etwa einwenden, daß die Rechtsverhältnisse bei der KAG. deswegen anders lägen, weil hier nicht wie bei anderen juristischen Personen die Möglichkeit bestehe, an die Stelle des weggefallenen Vorstandes einen anderen Vorstand zu setzen. Letzteres ist allerdings in der Form nicht möglich, weil die Eigenschaft als Vor-

[1]) Gierke, Vorstand a. a. O. S. 1182.

[2]) Staub, a. a. O. zu § 231 Anm. 3; Planck, Bürgerliches Recht zu § 26 Anm. 2; Staudinger, Komment. z. BGB. § 26 Anm. 3; Motive z. Entw. eines BGB. S. 404.

stand notwendig mit der Mitgliedschaft als persönlich haftender Gesellschafter verknüpft ist. Der Einwand wird aber schon deshalb hinfällig, weil die KAG. mit Rücksicht darauf, daß der persönlich haftende Gesellschafter als solcher vorhanden bleibt, jederzeit in der Lage ist, durch Vertrag (d. h. also durch Übereinstimmung von Kommanditistengesamtheit und persönlich haftendem Gesellschafter) dem letzteren Geschäftsführung und Vertretung wieder zu übertragen und damit auch den fehlenden Vorstand wieder zu schaffen. Wollte man dies aber auch nicht gelten lassen, so könnte der Einwand doch nicht durchschlagen. Ob es tatsächlich richtig ist, daß eine KAG. — von dem erwähnten Falle abgesehen — kein anderes Organ zur Geschäftsführung und Vertretung schaffen kann, mag hier einstweilen dahingestellt bleiben [1]). Denn wenn sie auch die Möglichkeit nicht hätte, so könnte das keinen inneren Unterschied zu den genannten anderen juristischen Personen begründen. Rechtlich ist es gleichgültig, ob die Nichtbestellung eines neuen Vorstandes auf dem Willen der Gesellschafter oder der Natur der Sache beruht.

Aus dem Gesagten folgt daher, daß weder ein begrifflich notwendiges Element der KAG. wegfällt, noch auch deren rechtliche Natur berührt wird, wenn dem einzigen persönlich haftenden Gesellschafter Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis genommen wird, daß vielmehr die KAG. nur gehindert ist, sich nach außen zu betätigen. Dieses nicht sonderlich gute praktische Ergebnis [2]) aber kann den Richter nicht ermächtigen, sich über den Wortlaut des Gesetzes, welches nun einmal für diesen Fall eine Ausnahmebestimmung nicht gegeben hat, hinwegzusetzen und eine entsprechende durch § 320 Abs. 2 statuierte Anwendbarkeit der §§ 117 und 127 hier für unzulässig zu erachten, und das um so weniger, als es von vornherein nicht ausgeschlossen erscheint, daß die KAG. durch andere

---

[1]) Vgl. unten z. § 9.

[2]) Vgl. Staub, a. a. O. zu § 127 Anm. 5.

Behelfe in die Lage versetzt wird [1]), den Betrieb aufrecht zu erhalten.

Die Klage, dem einzigen persönlich haftenden Gesellschafter Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis dauernd zu entziehen, könnte demnach mit Erfolg angestrengt werden.

Abschnitt 3.

§ 6.

„In betreff der Tatsachen, durch welche die Auflösung der Kommanditgesellschaft auf Aktien herbeigeführt wird," verweist § 330 Abs. 1 auf die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften. Bei der einfachen Kommanditgesellschaft ist nun aber nur eine einzige Bestimmung über die Auflösung gegeben, nämlich die des § 177. Da dieser vorliegend nicht in Frage kommt, so muß gemäß § 161 Abs. 2 auf die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft zurückgegriffen werden. Von diesen kann nur § 131 Nr. 6 in Frage kommen. Hierin wird allgemein bestimmt: „Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst durch Kündigung und durch gerichtliche Entscheidung." Die Erfordernisse für die Herbeiführung der gerichtlichen Entscheidung sind in § 133 gegeben, welcher bestimmt: „Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich

[1]) Vgl. unten § 9 d.

oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Die Aktivlegitimation für die Klage auf Auflösung ist demnach vorliegend für den persönlich haftenden Gesellschafter gegeben. Denn zu dem Antrag berechtigt ist „ein Gesellschafter". Die Tatsache, daß hier der Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen ist, berührt sein Klagerecht nicht; denn es handelt sich hier um eine innere Angelegenheit, rücksichtlich der alle Gesellschafter gleichmäßig berechtigt und verpflichtet sind [1]). Die Klage ist zu richten gegen diejenigen Gesellschafter, die der Auflösung widersprechen, vorliegend also gegen die durch den Aufsichtsrat vertretene Kommanditistengesamtheit (§ 328 Abs. 2).

Was die materiellen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 133 Abs. 1 und 2 anlangt, so bestehen dieselben darin, daß eine für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft vorhanden ist und daß ein wichtiger Grund für die Auflösung vorliegt. Daß vorliegend die KAG., obschon dem einzigen persönlich haftenden Gesellschafter Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen sind, noch fortbesteht, ist oben erörtert worden. Stellt man sich auf den entgegengesetzten Standpunkt, daß nämlich die Entziehung unzulässig ist, so wird man natürlich, wenn es trotzdem geschehen ist, auch die Fortexistenz der KAG. leugnen müssen, und demgemäß könnte schon aus diesem Grunde von einer Auflösung nicht mehr die Rede sein.

Wann im Einzelfalle ein wichtiger Grund gegeben ist, ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen. Nur im Abs. 2 leg. cit. sind zwei Beispiele eines wichtigen Grundes hervorgehoben, welche aber bei dieser Abhandlung nicht in Betracht kommen. Es ist hier lediglich zu erörtern, ob der Umstand, daß dem einzigen persönlich haftenden Gesellschafter die Geschäftsführung und Vertretung entzogen

[1]) Lehmann-Ring, a. a. O. zu § 126 V.

ist, unmittelbar oder mittelbar als wichtiger Grund anzusehen ist.

§ 7.

Zunächst ist näher zu prüfen, ob die Tatsache der Entziehung an sich einen wichtigen Grund für die Auflösung bildet. Von vornherein ist es nicht ausgeschlossen, daß auch eine Entziehung der fraglichen Befugnisse wider den Willen eines Gesellschafters als ein wichtiger Grund erscheinen und dem Gesellschafter das Recht geben kann, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen [1]). Das folgt aus dem Gesetz selbst. Denn für die Beurteilung der Frage, was als wichtiger Grund anzusehen ist, sind dem Richter in keiner Weise Schranken gesetzt; er urteilt nach freiem Ermessen. Durch beispielsweise Aufzählung einzelner Gründe ist dem Richter, wie das Reichsgericht zutreffend für das frühere Recht ausführt, und was jetzt noch in gleicher Weise gilt, nur eine gewisse Direktive gegeben. „Der Gesetzgeber weist namentlich auch nicht etwa darauf hin, nur ein solcher Grund sei für wichtig zu erachten, welcher auf dem Verschulden eines Gesellschafters beruht oder überhaupt in dessen Person liegt. Es ist auch nicht erforderlich, daß ein einzelnes Moment für sich als durchschlagend hervortritt, verschiedene Umstände können in ihrer Verbindung und vielleicht erst durch dieselbe als wichtiger Grund erscheinen, und es können in dieser Weise namentlich auch in der Person verschiedener Gesellschafter liegende Umstände zusammen in Betracht kommen; ja es ist nicht ausgeschlossen, daß dabei selbst ein in der Person des Antragenden liegender Grund berücksichtigt werde [3])." Eine solche weitgehende Ausdehnung des richterlichen Ermessens entspricht auch durchaus der Billigkeit. Um bei dem besonderen, hier interessierenden Falle zu bleiben,

---

[1]) Lehmmann-Ring, a. a. O. zu § 117 Nr. 9.

[2]) ERG. Bd. 24 S. 136ff.

[3]) Staub, a. a. O. zu § 133 Anm. 2—4; Lehmann-Ring, a. a. O. zu § 133 Nr. 5c.

so ist es z. B. möglich, daß der von der Vertretung und Geschäftsführung etwa wegen Geisteskrankheit ausgeschlossene Gesellschafter ein großes Vermögen eingebracht hat und die Gesellschaft wesentlich auf seinem Kredit und auf seiner Tüchtigkeit aufgebaut ist. In solchen Fällen wird man der Gesellschaft nicht verwehren können, zumal wenn auf seiten des Gesellschafters ein größeres oder geringeres Verschulden hinzukommt, auf Entziehung der in Rede stehenden Befugnisse zu klagen; andrerseits wird man aber auch einem solchen Gesellschafter als notwendiges Korrektiv ein Recht geben müssen, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wenn für ihn bedeutende Vermögensschädigungen zu besorgen sind. Daß der Gesetzgeber auch an solche Fälle gedacht hat, zeigt die Bemerkung der Denkschrift[1]: „Neben den in § 131 des Entwurfs genannten Beispielen kommt u. a. auch der Fall in Betracht, daß einem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft wider seinen Willen entzogen wird; eine derartige Maßregel kann dem davon betroffenen Gesellschafter, namentlich wenn denselben kein Verschulden trifft, das Recht geben, die sofortige Auflösung zu verlangen."

Aber auch selbst wenn die KAG. wesentlich mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des persönlich haftenden Gesellschafters, seinen Kredit und seine geschäftliche Tüchtigkeit eingegangen ist, wird die Entziehung nicht immer notwendig zur Auflösung führen, so z. B. dann nicht, wenn der wichtige Grund auf einem wesentlichen Verschulden des Komplementars beruht, etwa auf Unterschlagung und Bilanzverschleierung. Denn in diesem Falle würde die beklagte Kommanditistengesamtheit gegen eine nur in jener Weise begründete Klage mit Recht einwenden können, daß der Kläger dolos handele. Denn sein Verschulden wäre ein so schweres und für die Verhältnisse der Gesellschaft so einschneidendes, daß der Gesellschafter aus der Tatsache der Entziehung allein einen wichtigen Grund nicht ent-

[1]) S. 105.

nehmen könnte. Würde man solchen Falles die Auflösung zulassen, so würde sich das die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung aussprechende Urteil nicht gegen den Schuldigen richten, sondern grade gegen denjenigen, den das Gesetz durch die Bestimmungen schützen will, nämlich gegen die Gesellschaft, die dadurch zur unzeitigen Auflösung gezwungen wäre.

§ 8.

Mit dem in § 7 Gesagten ist die Frage nach dem Vorliegen eines wichtigen Grundes gerade für diesen etwas eigenartigen Fall noch keineswegs erschöpfend beantwortet. Auch hier muß wieder in Betracht gezogen werden, daß es sich um den alleinigen persönlich haftenden Gesellschafter handelt. Dieser könnte sich nämlich darauf berufen, daß mit der Rechtskraft des die Entziehung aussprechenden Urteils weder ein Geschäftsfürer noch ein Vertreter für die Gesellschaft vorhanden und diese daher für die Folgezeit zur Untätigkeit verurteilt sei. Deshalb handele er nicht dolos, denn es liege nicht nur in seinem, sondern im Interesse der ganzen Gesellschaft, daß die Auflösung erfolge, weil sonst das gesamte Gesellschaftsvermögen jahrelang nutzlos festliege und dadurch alle Beteiligten geschädigt würden.

Ob diese Ansicht stichhaltig erscheint, bedarf der näheren Untersuchung, die zweckmäßig bei der Frage einsetzt, welche Rechtslage durch das auf Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung lautende Urteil geschaffen ist. Schon oben ist hervorgehoben worden, daß bei der KAG. die persönlich haftenden Gesellschafter in Ermangelung abweichender Vereinbarungen zur Führung der Geschäfte und kraft Gesetzes auch zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt und verpflichtet sind. Nun sind zwar die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. nicht die alleinigen Geschäftsführer und Vertreter, wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft. Denn auch dem Aufsichtsrat stehen gewisse Geschäftsführungs- (§§ 320 Abs. 3

195, 328, 240 Abs. 2) wie auch Vertretungsbefugnisse (§ 247) zu. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß einzig die persönlich haftenden Gesellschafter das unbeschränkte und unbeschränkbare Recht haben, nach außen für die Gesellschaft aufzutreten und im Innenverhältnis ihre Geschäfte zu führen. Indem nun dem alleinigen persönlich haftenden Gnsellschafter seine Befugnisse genommen sind, hat die KAG. mit der Rechtskraft des Urteils ihren einzigen ordentlichen Geschäftsführer und Vertreter verloren. Denn die Wirkung der Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung besteht darin, daß die Befugnisse erlöschen. Macht man sich die weittragende Bedeutung dieser Wirkung klar, so muß man zu dem Schluß kommen, daß die KAG. sich den Betrieb und damit die Erreichung des Zweckes der Gesellschaft zunächst unmöglich gemacht hat. Das zeigt sich am besten durch eine eingehende Würdigung der Begriffe Geschäftsführung und Vertretung. Das Handelsgesetzbuch gibt keine Definition der Geschäftsführung, sondern bestimmt nur in § 116, daß die Befugnis zur Geschäftsführung sich auf alle Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Unter diesen Handlungen sind aber alle in dem Handelsgewerbe vorkommenden Verrichtungen und Rechtsgeschäfte im Innenverhältnis zu verstehen. Den Geschäftsführern untersteht die Leitung des ganzen Betriebes; sie haben die Buchführung und Korrespondenz zu besorgen, die Fabrikation der Waren usw. zu überwachen; sie haben ferner Anordnung zu treffen, daß Ein- und Verkauf ordnungsmäßige Erledigung finden. Das Recht der Vertretung der Gesellschaft stellt sich dar als die Befugnis, die Firma zu zeichnen und die KAG. durch die in deren Namen vorgenommenen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen Dritten gegenüber zu berechtigen und zu verpflichten. Aus diesem Inhalte erhellt ohne weiteres, daß nach dem Wegfall der Befugnisse des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters von einer Weiterführung des Geschäftsbetriebes nicht

mehr die Rede sein kann. Allerdings bleiben dem Gesellschafter noch immer die unentziehbaren Rechte des § 325, auch behält der Aufsichtsrat die ihm als Organ der Gesellschaft zustehenden Befugnisse. Aber alle diese bestehenbleibenden Befugnisse sind ohne Bedeutung geworden, da sich die notwendigen Unterlagen für ihre Ausübung immer erst durch die geschäftsführende und vertretende Tätigkeit des persönlich haftenden Gesellschafters ergeben, das fernere Entstehen dieser Unterlagen aber ausgeschlossen ist.

Bei dieser rechtlichen und tatsächlichen Lage der Sache ist daher zunächst der Schluß gerechtfertigt, daß für die Zukunft eine Fortsetzung des Betriebes der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Damit ist aber die Erreichung des Zweckes der Gesellschaft unmöglich geworden.

Es ist nun allgemein anerkannt, daß die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes als wichtiger Grund im Sinne des § 133 angesehen werden kann und nach der Absicht des Gesetzes wohl in der Regel auch angesehen werden soll[1]). Zwar hat das Gesetz diesen Umstand bei der offenen Handelsgesellschaft und damit bei der KAG. nicht wie bei der Gesellschaft des BGB. als einen von Rechts wegen wirkenden Auflösungsgrund anerkannt. Aus der hohen Bedeutung jedoch, die das Gesetz dem fraglichen Umstande bei der Gesellschaft des BGB. beilegt, kann wohl mit Recht auf den Willen des Gesetzes geschlossen werden, daß dieselbe Tatsache im Normalfalle als wichtiger Grund für die Auflösung gelten soll. Demnach gelangt man zunächst zu dem Resultate, daß — da infolge der Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich geworden ist — der in Rede stehende Gesellschafter berechtigt ist, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.

[1]) Staub, a. a. O. zu § 133 Anm. 18; Lehmann-Ring, a. a. O. zu § 133 Nr. 5 c; Lehmann, a. a. O. § 61 S. 320 Anm. 6; Makower, a. a. O. zu § 133 Anm. I d.

§ 9.

Es muß nunmehr untersucht werden, ob der Satz, daß unter den obwaltenden Umständen die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich geworden ist, auf jeden Fall zutrifft, oder ob sich für die Gesellschaft nicht doch irgendwelche Mittel und Wege bieten, den Geschäftsbetrieb fortzusetzen. Ist das letztere der Fall, so fällt der einzige wichtige Grund, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, fort. Im folgenden sollen die einzelnen Möglichkeiten und Wege einer näheren Prüfung unterzogen werden.

a) Es ist zunächst zu untersuchen, ob nicht die Gesellschaft in der Lage ist, einen anderen persönlichen Gesellschafter zu wählen, dem dann Geschäftsführung und Vertretung zuständen. Dies ist indessen nicht angängig. Zwar ist es möglich, bei bestehender KAG. neue persönlich haftende Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen. Darin liegt aber eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages und es bedarf daher einer Statutenänderung. Eine solche aber muß von der Generalversammlung der Kommanditisten in der gesetzlich vorgeschriebenen Form beschlossen werden und bedarf außerdem der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter. Demnach ist die beklagte Kommanditistengesamtheit allein nicht in der Lage, einen neuen persönlich haftenden Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen.

Ebensowenig kann sie aber einen sonstigen Vertreter bestellen. Ein solches Recht ist ein Ausfluß der Geschäftsführungsbefugnis und diese steht in Ermangelung abweichender Bestimmungen den persönlich haftenden Gesellschaftern zu. Auch der Aufsichtsrat kann nicht helfend eingreifen. Zwar kann man auf Grund des § 325 Ziff. 5 in Verbindung mit § 238 annehmen, daß zur Bestellung eines Prokuristen durch den geschäftsführenden Gesellschafter seine Zustimmung erforderlich sei[1]), aber daraus folgt nicht ein eigenes Recht zur Bestellung.

Es wäre noch zu prüfen, ob und inwieweit durch das

[1]) Staub, a. a. O. zu § 320 Anm. 84.

Vorhandensein eines Prokuristen die Rechtslage beeinflußt würde. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß der Prokurist niemals den persönlich haftenden Gesellschafter gänzlich ersetzen kann. Gemäß § 49 ermächtigt die Prokura nur zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt mit Ausnahme der Belastung und Veräußerung von Grundstücken. Liegt schon darin eine Beschränkung gegenüber der Vertretungsbefugnis der persönlich haftenden Gesellschafter, so ist eine Vertretung durch einen Prokuristen überhaupt ausgeschlossen, wo es keine Vertretung gibt, wie z. B. bei der Eidesleistung. Es kommt hinzu, daß der persönlich haftende Gesellschafter bis zur Rechtskraft des Urteils jederzeit in der Lage war, die Prokura, soweit deren Wirksamkeit gegenüber Dritten in Frage kommt, allein zu widerrufen.

Das Gesagte ergibt, daß sich auf diesem Wege die Aufrechterhaltung des Betriebes nicht erreichen läßt.

b) Es fragt sich weiter, ob vielleicht die Anrufung des Gerichtes zum Ziele führen kann. Es liegt nahe, anzunehmen, daß der Prozeßrichter in gleicher Weise, wie er Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entziehen kann, auch diese Befugnisse einem Dritten übertragen könne. Bei der Untersuchung dieser Möglichkeit ist auszugehen von der rechtlichen Natur einer derartigen Klage. Schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich und ist auch allgemein anerkannt[1]), daß die Klagen aus den §§ 117 und 127 den Charakter der rechtsgestaltenden (konstitutiven) Klagen haben, d. h. daß erst durch das gerichtliche Urteil die Begründung, Abänderung oder Aufhebung des Rechtszustandes bewirkt wird. Eben denselben Charakter würde eine Klage auf Übertragung der Befugnis zur Geschäfts-

[1]) Staub, a. a. O. zu § 117 Anm. 2 und zu § 127 Anm. 2; Lehmann-Ring, a. a. O. zu § 117 Nr. 4; Langheineken, der Urteilsanspruch, S. 236; Gaupp-Stein, Kommentar z. ZPO. zu § 253, Vorbem.

führung und Vertretung an einen Dritten haben. Denn hier soll offenbar für den Dritten durch Urteil die Stellung eines Geschäftsführers und Vertreters der KAG. in derselben Weise begründet werden, wie sie durch Urteil für den bisherigen Inhaber dieser Befugnisse aufgehoben wird. Nun tritt uns aber die Rechtsgestaltungsklage als eine Klage von außerordentlicher Eigenart gegenüber. Die jurisdiktionelle Tätigkeit des Staates äußert sich noch drei Richtungen: sie ist entweder freiwillige Gerichtsbarkeit oder Zivilgerichtsbarkeit oder Strafgerichtsbarkeit.[1]) Der Gegensatz zwischen der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit ist im Zweck des Verfahrens begründet. Letztere will widerstreitende zivilrechtliche Interessen durch den Prozeßrichter schlichten, erstere bezweckt dagegen im allgemeinen die Gestaltung der Privatrechtsordnung. Wenn es nun in vereinzelten Fällen (eben den berührten Rechtsgestaltungsklagen) gestattet ist, diese Gestaltung durch den Prozeßrichter und nicht durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit vornehmen zu lassen, so folgt daraus, daß hier nur Ausnahmefälle vorliegen sollen, und daß demgemäß der Kreis dieser Klagart ein festgeschlossener ist. Aus diesen Gründen verbietet sich daher eine analoge Ausdehnung auf andere ähnliche Fälle.[2]) Kann nun auch bei der außerordentlichen Sachlage vorliegenden Falles nicht verkannt werden, daß die Kommanditistengesamtheit ein großes und berechtigtes Interesse an der Bestellung eines anderen Geschäftsführers und Vertreters hat, so fehlt es doch an einer in abstracto erfolgten Anerkennung dieses Bewirkungsinteresses durch das Gesetz, die dem Prozeßrichter die Befugnis gäbe, Geschäftsführung und Vertretung auf einen Dritten zu übertragen.

Denselben Gedanken, das Verbot einer analogen Anwendung, bringt auch das Reichsgericht in einer Entscheidung zum Ausdruck.[3]) Es Handelt sich in dieser Entscheidung darum, ob der Richter, nachdem zur Liqui-

[1]) Langheineken, a. a. O. S. 16.

[2]) Vergl. auch Gaupp-Stein, a. a. O. zu § 253 Verbem. 3.

[3]) EGG. Bd. 12. S. 33 und 54.

dation einer Handelsgesellschaft zwei Liquidatoren mit Kollektivvollmacht ernannt waren, einen derselben ermächtigen könne, einen Prozeß, zu dem der andere seine Zustimmung verweigerte, allein im Namen der Handelsgesellschaft zu führen. Das Reichsgericht hat die Frage mit Recht verneint, indem es zunächst ausführt, daß der Richter wohl befugt sei, einen Gesellschafter aus wichtigen Gründen auszuschließen oder ebenso die Gesellschaft aufzulösen oder Liquidatoren zu ernennen, und dann fortfährt: „Dem Richter ist damit die Befugnis gegeben, in Fällen, in welchen bei Fortbestand des bestehenden Personalverhältnisses die Erreichung der gesellschaftlichen Zwecke ernstlich in Frage gestellt wird, das Rechtsverhältnis aufzuheben oder in betreff der Personen, welche zur Leitung der Geschäfte berufen sind, gewisse zweckentsprechende Anordnungen zu treffen. Dagegen ist dem Richter nirgends die Befugnis erteilt, in den Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte einzugreifen, sei es vor der Auflösung, sei es im Liquidationsstadium. Die Befugnis hierzu kann auch nicht etwa aus jener Befugnis hergeleitet werden, denn beide Befugnisse erscheinen als etwas generisch Verschiedenes; jene umfaßt nicht etwa diese als die engere; für ein argumentum a maiori ad minus liegen daher die Voraussetzungen nicht vor[1])." Daß im vorliegenden Falle die Bestellung anderer Geschäftsführer sowohl wie auch anderer Vertreter durch den Richter einen erheblichen Eingriff in die Gesellschaftsgeschäfte enthält, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Gegen die Richtigkeit des vorher Gesagten kann auch ein Einwand nicht daraus hergeleitet werden, daß, was in Literatur und Praxis anerkannt wird, im Wege der einstweiligen Verfügung die Geschäftsführung wie auch die Vertretung nicht nur entzogen, sondern auch auf einen Dritten übertragen werden kann[2]). Eine derartige Befugnis folgt aus

[1]) Ebenso Makower, a. a. O. zu § 117 Id; Lehmann-Ring, a. a. O. zu § 117 Nr. 6 Abs. 1.

[2]) ROHG. Bd. 16 S. 73; ERG. Bd. 22 S. 170; Lehmann-Ring, a. a. O. zu § 117 Nr. 6 und zu § 127 Nr. 6; Makower, a. a. O. zu § 117 Ia und

dem Zwecke der einstweiligen Verfügung als einer schleunigen, nur für kurze Zeit berechneten Maßregel und findet ihre Stütze in § 938 ZPO. Abs. 2. Danach bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

c) Es bleibt das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

aa) Hier könnte zunächst an die Bestellung eines Pflegers gedacht werden. Eine Betrachtung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen zeigt jedoch, daß eine solche Möglichkeit sich nicht bietet. Das BGB. kennt, abweichend von der preußischen Vormundschaftsordnung, nur ganz bestimmte Fälle, in denen eine Pflegschaft angeordnet werden kann. Unter die in den §§ 1909—1914 BGB. verzeichneten Fälle läßt sich aber der hier fragliche Fall offensichtlich nicht unterbringen.

bb) Mehr Bedeutung kommt der Frage zu, ob nicht eine Heranziehung des § 29 BGB. im vorliegenden Falle möglich wäre. Dieser Paragraph bestimmt:

„Soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstandes fehlen, sind sie in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten von dem Amtsgerichte zu bestellen, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat.“ Ob die Vorschriften über die rechtsfähigen Vereine auf die KAG., die, wie oben dargelegt, eine juristische Person ist, Anwendung finden. ist bestritten und muß zunächst hier klargestellt werden. Nach Art. 2 EG. z. HGB. kommen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts nur insoweit zur Anwendung, als nicht im HGB. oder im Einführungsgesetze ein anderes bestimmt ist. Damit ist ausgesprochen, daß jedenfalls die Vorschriften des bürgerlichen Rechts in die Regelung der handelsrechtlichen Institute eingreifen können. Andrerseits hat das Gesetz die Heranziehung der Bestimmungen über Vereine für das Recht der Aktiengesellschaften und damit der KAG. nicht

---

zu § 127 IV; Staub, a. a. O. zu § 117 Anm. 6 und zu § 127 Anm. 7; Goldmann, a. a. O. zu § 117 Nr. 12; v. Gorski, a. a. O. S. 19.

ausdrücklich bestimmt. Indes lassen verschiedene Umstände den Willen des Gesetzgebers erkennen, daß die für die Aktiengesellschaft und die KAG. geltenden Bestimmungen aus den Vorschriften über die Vereine des bürgerlichen Rechts ergänzt werden sollen. Die KAG. gehört zu den im § 22 BGB. genannten Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften beruht. Gerade diese Hervorhebung der von den sonstigen Reichsgesetzen betroffenen rechtsfähigen Vereine im § 22 BGB. beweist, daß auch diese für Vereine im Sinne des BGB. erachtet sind. Daraus folgt aber, daß die im § 22 statuierte Ausnahme sich nur auf die Erlangung der Rechtsfähigkeit bezieht, daß aber im übrigen die allgemeinen Vorschriften über Vereine Anwendung finden sollen. Einen ausdrücklichen gesetzlichen Hinweis auf die Unterstellung der Aktiengesellschaft und der KAG. unter die Regeln des bürgerlichen Rechts enthält auch § 6 Abs. 2, wo von Vereinen gesprochen wird, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft von Kaufleuten besitzen. Darunter ist auch die KAG. verstanden [1]). Der im Entwurf eines HGB. zunächst an Stelle des Wortes „Verein" gewählte Ausdruck „Personenvereinigung" wurde offenbar in der Absicht fallen gelassen, um eine Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Recht zu erreichen und um zu bekunden, daß das Vereinsrecht des BGB. die Rechtsquelle ist, wenn eben das HGB. nicht ein anderes bestimmt. Zudem ergibt die Überschrift des 2. Titels I. Buches des BGB. „Juristische Personen", daß das BGB. in diesem Abschnitt ganz allgemein die juristischen Personen regeln will [2]). Hiergegen kann nicht eingewendet werden, daß die Aktiengesellschaft und die KAG. als feste Gebilde zu erachten seien, die im HGB. eine einheitliche Regelung erfahren hätten [3]). Denn diese Annahme widerspricht dem Wortlaute des erwähnten

[1]) Vgl. Denkschrift S. 18.

[2]) Riesser (Deutsche Juristenzeitung 1900 S. 132).

[3]) So Pinner, a. a. O. S. 106III; Reichau, Ist die KAG. ein rechtsfähiger Verein? S. 64.

Artikels 2, der keine Einschränkung kennt, sondern allgemein das BGB. in Handelssachen für die subsidiäre Rechtsquelle erklärt [1]).

Würden demnach im Prinzip die Vorschriften über den Verein des BGB. auch für die KAG. anwendbar erscheinen, so fragt es sich, ob grade § 29 sich mit den Grundsätzen der KAG. verträgt, und wenn ja, ob er im vorliegenden Falle zur Anwendung gebracht werden kann. Daehnhardt [2]) sagt: „Die Vorschrift des § 29 BGB. ist für die KAG. belanglos. Fehlt der Vorstand bei dieser, so sind auch keine Komplementare vorhanden, damit fiele die KAG. als solche zusammen. Ihr Fortbestehen als KAG. unter dem Schutze des HGB. wäre dann unmöglich [3])." Dieser Deduktion kann nicht zugestimmt werden. Höchstens umgekehrt wäre der Satz richtig: „Fehlen die persönlich haftenden Gesellschafter, so fehlt auch der Vorstand." Es ist aber schon oben ausgeführt, daß die Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter durch die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung nicht berührt wird, daß andererseits aber das daraus folgende Fehlen eines Vorstandes die KAG. nicht auflöst, sondern nur unfähig macht, nach außen zu handeln.

Trotzdem sonach die Anwendung des § 29 BGB. nicht grundsätzlich ausgeschlossen erscheint, muß die Anwendbarkeit im vorliegenden Falle doch verneint werden. Zwar darf man nach unseren früheren Ausführungen annehmen, daß ein Fehlen der Vorstandsmitglieder auch dann vor-

---

[1]) So Staub, a. a. O. 6 u. 7 AI zu § 178 Vorbem.; Gierke (Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 19 S. 131); Makower, a. a. O. zu § 320II; Lehmann-Ring, zu § 178 Nr. 3 Abs. 2 und zu § 320 Nr. 3; Simon (Z. f. HR. Bd. 49 S. 1f.) KGE. I. Bd. 23A S. 105f.; Daehnhardt, Die rechtliche Natur der KAG. usw. u. a. Abweichend: Dernburg, a. a. O. I § 82VI S. 233; Pinner (Z. f. HR. Bd. 50 S. 100f); Reichau, a. a. O.

[2]) Daehnhardt, a. a. O.

[3]) Daehnhardt stellt offenbar das „Fehlen" dem gänzlichen Fortfalle der Personen gleich, was nicht richtig ist. (Vgl. Staudinger, Komment. z. BGB. zu § 29 Anm. 3).

liegt, wenn Mitglieder vorhanden sind, die zwar die Qualifikation zum Vorstande besitzen, wie hier der persönlich haftende Gesellschafter, denen aber durch richterliche Entscheidung die Befugnisse eines Vorstandsmitgliedes genommen sind. Dagegen muß das Vorliegen eines vom Gesetz erforderten dringenden Falles verneint werden. Aus der Entstehungsgeschichte des § 29 BGB. ergibt sich, daß die Bestimmung getroffen ist, um schutzwürdige Interessen Dritter zu wahren [1]). Sie hat demnach provisorischen Charakter, soll aber nicht einen Konflikt innerhalb der Gesellschaft auf die Dauer lösen. Die Anwendbarkeit würde z. B. gegeben sein, falls der einzige persönlich haftende Gesellschafter einer KAG. geschäftsunfähig würde, bis zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters oder Behebung der Geschäftsunfähigkeit. Ein einzelnes dringendes Bedürfnis ist hier aber nicht gegeben; denn es handelt sich hier nicht um die vorläufige Hebung eines Mangels, sondern um eine dauernde Einrichtung.

cc) Schließlich könnte noch die Anwendung des § 142 in Frage kommen. Dieser § bestimmt für die offene Handelsgesellschaft: „Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter denen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.“ Es ist zu untersuchen, ob die Vorschrift auf die KAG. Anwendung finden kann; und dazu muß wieder von der allgemeinen Fassung des § 320 Abs. 2 ausgegangen werden. Danach bestimmt sich das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften. Für diese gelten aber, soweit nicht ein anderes

[1]) Hahn-Mugdan, Materialien Bd. 1 S. 615.

vorgeschrieben ist — was nicht der Fall ist — die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Bestimmungen. Wenn daher die Kommanditgesellschaft aus einem persönlich haftenden Gesellschafter und einem Kommanditisten besteht, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß unter Berücksichtigung der in § 142 aufgestellten Erfordernisse der Kommanditist auf Antrag für berechtigt erklärt werden kann, das Geschäft ohne Liquidation zu übernehmen. Der Zweck des Gesetzes, das Interesse des schuldlosen Gesellschafters dadurch zu wahren, daß es diesem die Möglichkeit gibt, die Liquidation zu verhüten, trifft hier wie dort in derselben Weise zu [1]). Bedenklich dagegen könnte es erscheinen, die somit für die Kommanditgesellschaft geltende Vorschrift des § 142 auch auf die KAG. gemäß § 320 zu übertragen. Schon früher ist gesagt, daß die Kammanditistengesamtheit dem persönlich haftenden Gesellschafter wie ein Kommanditist gegenübersteht. Danach erscheint auf den ersten Blick der Schluß gerechtfertigt, daß auch die Kommanditistengesamtheit, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, berechtigt sei. Wenn man indes die rechtliche Natur der KAG. und der Kommanditgesellschaft miteinander vergleicht, so muß man zu dem entgegengesetzten Resultat kommen. Die KAG. ist eine juristische Person, die Kommanditgesellschaft dagegen, wie die offene Handelsgesellschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Bei Anwendung des § 142 würde infolge des Ausscheidens des persönlich haftenden Gesellschafters mit der KAG. die juristische Person zu existieren aufhören. Die Gesamtheit der Kommanditisten würde selbst die geringe Selbständigkeit, welche sie während des Bestehens der KAG. besitzt, verlieren; die Kommanditisten würden eine Vielheit von Personen ohne jeden inneren Zusammenhang bilden, die nicht Trägerin der aus § 142 zu übertragenden Berechtigung sein könnte.

---

[1]) Denkschrift S. 109; Makower, a. a. O. zu § 161 No. 30.

d) Trotzdem bieten m. E. die Vorschriften über die KAG. einen Weg, auf dem man dem in § 142 ausgesprochenen Gedanken des Gesetzgebers auch für die KAG. gemäß § 320 Abs. 2 gerecht werden und zu einer sinnentsprechenden Anwendung des § 142 gelangen kann. Diesen Weg bieten die §§ 332—334[1]). Gemäß § 332 Abs. 1 kann eine KAG. durch Beschluß der Generalversammlung und (d. h. unter Zustimmung) aller persönlich haftender Gesellschafter in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden. „Das Eigenartige dieser Umwandlung liegt darin, daß die Umwandlung sich durch Veränderung des rechtlichen Charakters der Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität vollzieht[1])."

Es findet also weder eine Auflösung noch eine Neugründung und auch keine Universalsukzession statt. Mit der Eintragung besteht vielmehr die gleiche Gesellschaft (also unter Wahrung der Rechtssubjektivität) als Aktiengesellschaft fort (§ 333 Abs. 3). Durch diese Bestimmungen wird bei sinngemäßer Anwendung des § 142 die Möglichkeit geboten, in einem Falle, wo bezüglich des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters Ausschließungsgründe vorliegen, die Auflösung der Gesellschaft und die Liquidation zu vermeiden. Eine solche sinngemäße Anwendung des § 142 dürfte aber dem Willen des Gesetzes entsprechen. Der in § 142 zum gesetzlichen Ausdruck gelangte Gedanke muß dahin verallgemeinert werden, daß es das Bestreben des Gesetzes ist, einmal den schuldlosen Gesellschafter zu schützen, dann aber auch den Fortbestand der Gesellschaft, insbesondere die weitere Verwendung des angesammelten Vermögens für den Gesellschaftszweck unter tunlichster Wahrung der bisherigen Einrichtungen zu ermöglichen. Beide Zweckgedanken treffen aber bei der KAG. in einem Falle, wie dem hier in Frage stehenden, ebenso zu, wie bei der offenen Handelsgesellschaft im Falle des § 142. Da

[1]) Vgl. Makower, a. a. O. z. § 320 VId No. 12.
[2]) Vgl. Staub, a. a. O. zu § 330 Anm. 1.

die Anwendung des § 142 in direkter Weise für die KAG. ausgeschlossen ist, der Zweck des Gesetzes aber möglichst erreicht werden muß, so erscheint es als zulässig, ja sogar als notwendig, die Bestimmung des § 142 mit der des § 332 Abs. 1 in Verbindung und Übereinstimmung zu bringen. Hierdurch wird der vom Gesetz gewollte wirtschaftliche Erfolg erreicht. Kann im Falle des § 142 der Richter den Kläger für berechtigt erklären, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, so ersetzt er hier entsprechend die Zustimmung des Gesellschafters zu dem Beschlusse der Generalversammlung auf Umwandlung der KAG. in eine Aktiengesellschaft. In beiden Fällen ergibt sich die gewollte Folge, daß der unwürdige Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen ist, ohne daß der Fortbestand des Geschäftes und hier die rechtliche Natur in irgend einer Weise berührt wird. Insbesondere bleiben die bisherigen Kommanditaktionäre auch für die Folge nur mit ihrer Einlage verhaftet.

Aktiv legitimiert zu dem Antrage, die Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters zu ersetzen, ist nach § 142 „der andere Gesellschafter", also im gegebenen Falle die Kommanditistengesamtheit, die der Aufsichtsrat, gestützt auf einen Generalversammlungsbeschluß, vertritt.

Die materiellen Voraussetzungen bestehen darin, daß nur zwei Gesellschafter vorhanden sind und daß in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde. Die Ausschließung eines persönlich haftenden Gesellschafters regelt § 140, der wiederum auf § 133 zurückgreift. Die Verbindung beider Paragraphen ergibt, daß der Richter anstatt der Auflösung die Ausschließung des Gesellschafters aus der Gesellschaft auf Antrag aussprechen kann, wenn ein in der Person des Gesellschafters liegender wichtiger Grund für die Auflösung gegeben ist. Wäre also — um das bereits gebrauchte Beispiel zu wiederholen — dem einzigen persönlich haftenden Gesellschafter die Geschäfts-

führungs- und Vertretungsbefugnis entzogen, weil er sich der Unterschlagung und Bilanzverschleierung schuldig gemacht hätte, so müßte der Richter die Ausschließung, also vorliegend die Zustimmung zu dem Beschlusse der Generalversammlung an Stelle des Gesellschafters aussprechen. Denn wenn von einer Behörde gesagt ist, daß sie etwas tun kann, so wird dadurch zugleich ausgedrückt, daß sie dies auch zu tun hat, falls nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen sie nach der Absicht des Gesetzes von ihrem Rechte Gebrauch machen soll [1]).

In einem Falle der genannten Art haben es die Kommanditaktionäre auf diese Weise in der Hand, den Betrieb der KAG. fortan als Aktiengesellschaft in genau derselben Weise wie früher fortzusetzen. Sie sind — was hier besonders wichtig erscheint — in der Lage, sich die nötigen Organe durch Wahl eines Vorstandes zu beschaffen, ohne von dem persönlich haftenden Gesellschafter irgendwie abhängig zu sein; denn dieser scheidet aus. Die Umwandlung wird auch nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß der Umwandlungsbeschluß und die Mitglieder des Vorstandes gemäß § 333 zum Handelsregister durch den persönlich haftenden Gesellschafter anzumelden sind [2]), ein solcher aber jetzt nicht mehr vorhanden ist. Für diesen Fall ist eben in § 29 BGB. Vorsorge getroffen. Da ein dringendes Interesse vorliegt, so kann nämlich bis zur Hebung des Mangels ein Vorstand vom Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Antrag bestellt werden. Auf die Einzelheiten einer, auf dem angegebenen Wege bewirkten Umwandlung soll nicht näher eingegangen werden, da dies außerhalb des Rahmens der Arbeit liegt.

Die Möglichkeit der Umwandlung der KAG. in eine Aktiengesellschaft und damit der Fortführung des Betriebes ist — wie oben erwähnt — nur gegeben, wenn wegen

---

[1]) Planck, Kommentar zum BGB., Bd. 1 S. 27 Anm. 4 a.

[2]) Staub, a. a. O. zu § 533 Anm. 1 a.

eines in der Person des Gesellschafters liegenden wichtigen Grundes die Auflösung oder — was dasselbe ist — die Ausschließung des Gesellschafters verlangt werden kann. Nun wird zwar der Grund, aus welchem die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen wird, regelmäßig in der Person des Gesellschafters liegen. Ebenso wird der Umstand, welcher einen wichtigen Grund gemäß § 117 darstellt, im praktischen Leben auch gewöhnlich einen wichtigen Grund gemäß §§ 140, 133 bilden, so daß die Umwandlung und damit die Erreichung des Gesellschaftszweckes regelmäßig möglich und mithin eine Klage auf Auflösung dem Komplementar nicht gegeben sein wird. Es ist aber auch möglich, daß ein wichtiger, in der Person des persönlich haftenden Gesellschafters liegender Grund nach § 117 kein solcher nach §§ 140, 133 ist, und in einem solchen Falle würde der persönlich haftende Gesellschafter wegen Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes die Auflösung verlangen können.